

Juizes, liberdade de associação e sindicatos¹

Jorge Miranda*

Sumário

1. O estatuto. 2. Os poderes. 3. Os juizes. 4. As restrições. 5. Estado de Direito.

Resumo

Uma coisa é o associativismo judiciário, outra bem diferente é o sindicalismo judiciário. Ora os juizes já não são meros funcionários públicos (atitude bem marcante no tempo da Constituição de 1933), antes titulares de órgãos de soberania a par dos outros órgãos de soberania (como estabelece a Constituição de 1976). Sendo assim, o que passa a estar em causa é saber se o nosso Estado vai subsistir como unidade de poder e de serviço ou se vai enfrentar, no seu seio, ressaibos corporativos sob a veste de formas sindicais.

1. O estatuto

Ao contrário das Constituições de 1822, 1826 e 1838, que enunciavam os “poderes do Estado” (respetivamente, arts. 30º, 11º e 34º), as Constituições de 1933 e 1976 preferiram enumerar os “órgãos de soberania” (respetivamente, arts. 71º e 113º – hoje 110º); na transição, ficou a Constituição de 1911, dizendo que “são órgãos de soberania nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial” (art. 6º).

Em vez da conceção da pura separação de poderes como poderes funções, veio a ser adotada, pois, nas nossas duas últimas Constituições, a conceção mais realista – e também a mais elaborada tecnicamente – de divisão do poder através da separação de órgãos (ou de poderes competências). A diferença consiste, como se sabe, em que a atual Lei Fundamental, e não a de 1933, expressamente proclama a separação e a interdependência dos órgãos de soberania, como princípio geral de organização do poder político (art. 114º, nº 1, hoje 111º, nº 1, e, depois de 1997, art. 2º).

Os órgãos de soberania são aqueles que se ligam, necessária e primariamente, à soberania como poder próprio e originário do Estado. Por isso, habitualmente

¹ Artigo publicado no site da Fundação Francisco Manuel dos Santos, Seção: “Publicações/XXI”, Caderno: “Opinião/Juizes”, 2º semestre, 2011. Disponível em: <https://www.ffms.pt/artigo/430/juizes>.

* Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Participou na elaboração das constituições Portuguesa (1976), de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e do Timor-Leste (2001).

se qualificam como órgãos supremos². Os restantes – sejam órgãos de entidades autónomas diferenciadas do Estado ou não – possuem uma qualidade e uma consistência diversa de poder.

Mas os órgãos de soberania não se revelam apenas órgãos primários e necessários, elementos imprescindíveis para que o Estado exista como Estado (soberano) e sem os quais não pode funcionar. O seu carácter específico manifesta-se também (por isso ou por outro lado) em três aspetos: a) são órgãos definidores da forma política em concreto (forma de Estado, regime político, sistema de governo); b) são órgãos que têm a sua formação, a sua composição, a sua competência e o seu funcionamento estabelecidos, no essencial, pela Constituição; c) são órgãos comprometidos com a defesa da ordem constitucional, os únicos que recebem funções de garantia das instituições e da própria subsistência do Estado [arts. 120º, 162º, alínea a), 199º, alínea f), 202º, nº 2, 223º].

A tão proeminente lugar corresponde um estatuto adequado dos seus titulares – imposto pela dignidade da sua posição, pela autoridade do Estado com que se identificam e pela salvaguarda da sua independência na ordem interna e na ordem externa.

Este estatuto traduz-se em situações funcionais de vária natureza: poderes, imunidades, incompatibilidades, regalias, impedimentos³. E envolve também direitos subjetivos, como o de não haver prejuízo por causa da assunção dos cargos, o direito à remuneração e até o direito à renúncia, assim como deveres. Os titulares de órgãos não deixam de ser cidadãos, mas neles prevalece, em harmonia com um princípio de proporcionalidade⁴, a esfera institucional sobre a meramente pessoal.

2. Os poderes

Todas as Constituições portuguesas sempre alçaram os tribunais ou à categoria de Poder (de Poder Judicial ou Judiciário – Constituições de 1822, arts. 30º e 176º e ss.; de 1826, arts. 11º e 118º e ss.; de 1838, arts. 34º e 123º e ss.; de 1911, arts. 6º e 56º e ss.) ou de órgãos de soberania (Constituições de 1933, arts. 71º e 115º e ss.; e de 1976, arts. 113º e 205º e ss., hoje, 110º e 202º e ss.).⁵

E todas, menos a de 1933, declararam a sua independência, fosse no conjunto dos Poderes do Estado ou de órgãos de soberania (Constituição de 1822, art. 30º;

² Cfr. o nosso *Manual de Direito Constitucional*, V. 4a ed. Coimbra, 2010. p. 76 e ss.

³ As situações funcionais são situações jurídicas de membros do Estado poder ou do Estado aparelho (conforme se quiser), os direitos fundamentais são situações jurídicas de membros do Estado comunidade, das pessoas que o constituem frente àquele. Ao passo que as situações funcionais são consequência da prossecução do interesse público e este prevalece sempre sobre o interesse dos titulares, os direitos fundamentais só existem aí, onde haja um interesse das pessoas que valha por si, autónomo, diferenciado. Sobre toda esta problemática, v.: MIRANDA, Jorge. *Deputado*. Coimbra, 1974. p. 28, 55 e ss. e 63 e ss., e autores citados; e GOMES, Carla Amado. *Imunidades parlamentares*. Coimbra, 1998.

⁴ Sob este princípio, v.: *Manual...*, IV. 4a ed. Coimbra, 2008. p. 279 e ss. e autores citados.

⁵ Cfr. o nosso estudo *Tribunais, Juizes e Constituição*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1999, p. 5 e ss. e autores citados.

Constituição de 1838, art. 35º; Constituição de 1911, art. 6º), fosse em fórmula direta (Carta Constitucional, art. 118º; Constituição de 1976, art. 208º, hoje 205º).

A Constituição atual, inspirada no princípio democrático, vai ainda mais longe, declarando que os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (art. 205º, hoje 202º)⁶, o que – sem prejuízo de os seus critérios de decisão continuarem a ser estritamente jurídicos – representa um suplemento de legitimidade (da legitimidade decorrente da origem democrática da Constituição e no apelo à inserção na consciência jurídica geral.⁷

A independência dos tribunais (art. 203º) é externa e interna⁸. Externa, na dupla vertente de independência dos tribunais em face dos demais órgãos de soberania e em face de quaisquer outros órgãos e de independência de cada tribunal em relação a qualquer outro, sem prejuízo da necessidade de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores.

Independência interna como independência de cada juiz, não adstrito a qualquer vinculação que não a derivada das normas substantivas aplicáveis e de normas de processo (designadamente, como se lê no art. 4º do estatuto aprovado pela Lei nº 21/85, de 30 de julho, não sujeição a ordens ou instruções).

A inamovibilidade, garantia da independência dos juízes, aparece em todas as Constituições⁹ – de 1822, arts. 183º e 184º; de 1826, arts. 120º e 121º; de 1838, art. 127º; de 1911, art. 57º; de 1933, art. 118º; de 1976, art. 221º, nº 1, hoje 216º, nº 1. Assim como a irresponsabilidade, salvo as exceções consignadas na lei (na Constituição de 1933, art. 119º; e na de 1976, art. 221º, nº 2, hoje 216º, nº 2). E a exclusividade (art. 216º, nº 3)¹⁰.

A Constituição de 1976 ainda aqui seria mais avançada, por formalizar um Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal de Justiça, de que fazem parte ao lado de vogais designados pelo Presidente da República e pelo Parlamento – precisamente, por virtude do princípio democrático – juízes eleitos pelos seus pares. A este Conselho compete nomear, colocar, transferir e promover os

⁶ GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4a ed. Coimbra, 2010. p. 807-808.

⁷ Cfr. a nossa anotação in: MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, I. 2a ed. Coimbra, 2010. p. 108 e autores citados.

⁸ Cfr. anotação de MEDEIROS, Rui; e FERNANDES, Maria João. In: *Constituição Portuguesa Anotada*, III. Coimbra, 2007. p. 512 e ss.; GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, II. p. 36 e ss. E, ainda, por exemplo, CHUMBINHO, JOÃO. *A Constituição e a independência dos tribunais*. Lisboa, 2000; AFONSO, Orlando. *Poder Judicial – Independência in Dependência*. Coimbra, 2004. Noutros países, por exemplo, SIMON, Dieter. *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975. Trad. *La independencia del Juez*. Barcelona, 1985; PAGES, Juan Luis Requejo. *Jurisdicción y independencia judicial*. Madrid, 1989; *O judiciário e a Constituição* (coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo, 1994; *Traité d'organisation judiciaire comparée*. Madrid, 2004.

⁹ Cfr. MENDES, João de Castro. Nótula sobre o art. 208.o da Constituição. Independência dos tribunais, in: *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, III. Lisboa, 1979. p. 653; FÁRIA, Paula Ribeiro de. Anotação. In: *Constituição Portuguesa Anotada*, III. p. 172 e ss.; GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, II. p. 584 e ss. E, ainda, por exemplo, FRAGA, CARLOS. *Subsídios para a independência dos juízes: o caso português*. Lisboa, 2000; GÁSPAR, António Henriques. *Reflexões fora do lugar comum*. Coimbra, 2010. p. 55.

¹⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO. A questão do autogoverno das magistraturas como questão politicamente incorrecta, in: *Ab Uno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, obra coletiva. Coimbra, 1998. p. 247 e ss.; ou MIRANDA, Jorge. *Tribunais... cit., loc.cit.*, p. 19 e ss.

juizes dos tribunais judiciais e exercer em relação a eles a ação disciplinar (arts. 217º, nº 1, e 218º). E prevê-se órgão análogo quanto aos juizes dos tribunais administrativos e fiscais (art. 217º, nº 2 e, além disso, o estatuto dos juizes como titulares de órgãos de soberania entra na reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República [art. 164º, alínea n), devendo entender-se que a alínea p do art. 165º visa tão somente os magistrados do Ministério Público – a *ratio* de reserva absoluta e a preferência da norma mais favorável ao poder legislativo do Parlamento justificam-no perfeitamente].

Naturalmente, um estatuto como este implica, em contrapartida, quer deveres específicos quer restrições de certos direitos. A estes nos referiremos mais à frente.¹¹

A Constituição de 1976, bem ao contrário da Constituição de 1933 e até das Constituições liberais, dedica à liberdade de associação um lugar centralíssimo no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais e aplica-lhe, como às demais liberdades, um regime reforçado de proteção [arts. 18º, 19º, 20º, nº 5, 21º, 165º, nº 1, alínea b), 288º, alínea d)].

O seu conteúdo essencial – de liberdade interna e liberdade externa e de direito tanto individual como institucional – fica logo recortado no art. 46º. A legislação e a jurisprudência, entretanto, surgidas têm-no respeitado, salvo um ou outro problema menor.¹²

Antes de mais, o direito de associação é o direito de, “livremente e sem dependência de qualquer autorização”, constituir com outrem associações para qualquer fim não contrário à lei penal (nº 1)¹³ – direito individual, mas de exercício necessariamente coletivo.

E este direito deve ser encarado no sentido mais amplo, sem prejuízo do respeito do princípio da especialidade: cada associação existe para certos e determinados fins, a que correspondem os meios adequados, e não para uma pluralidade indefinida de fins.

Também nenhuma associação pode pretender assumir fins ou funções próprias do Estado, como a administração da justiça ou a segurança interna. Mas pode assumir fins que o Estado também prossiga no campo económico, social e cultural quando os seus fins possam confluir com os fins do Estado, independentemente de se aceitar, ou não, o princípio da subsidiariedade.

¹¹ Cfr., para uma visão mais ampla, CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni delle giustizia nella società contemporanea*. Bolonha, 1994; RANGEL, Paulo de Castro. *Repensar o poder judicial*. Fundamentos e fragmentos. Porto, 2001; *La magistratura nello stato costituzionale*. Teoria ed esperienza a confronto, obra coletiva (coord. de Silvio Gambino). Milão, 2004; *Perfil do juiz na tradição ocidental*, obra coletiva (coord. de António Pedro Barbas Homem et alii). Coimbra, 2007.

¹² Cfr., em geral, BELEZA, Leonor; e SOUSA, Miguel Teixeira de. Direito de associação e associações, in: *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, III. Lisboa, 1979. p. 121 e ss.; LEAL, António da Silva. *Os grupos sociais e as organizações na Constituição de 1976 – A rotura com o corporativismo*, *ibidem*. p. 195 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *As associações criminais no Código Penal Português*. Coimbra, 1982; MIRANDA, Jorge. Liberdade de associação e alterações aos estatutos sindicais, in: *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1986. p. 175 e ss.; MOREIRA, Isabel. Restrições ao exercício do direito de associação e de greve dos agentes das forças de segurança, in: *Estudos de Direito da Polícia*, obra coletiva, II. Lisboa, 2003. p. 267 e ss.; MARTINS, João Zenha. Em torno da “associação na hora” e do direito associativo português, in: *Scientia Juridica*, 2007. p. 487 e ss.

¹³ Lei penal geral, não qualquer lei de exceção, que o art. 18º da Constituição não permite.

As associações podem pretender desenvolver a sua atividade em Portugal ou também noutros países. Em segundo lugar, o direito de associação é um direito individual e de exercício individual, positivo e negativo (n^{os} 1 e 3):

1. O direito de fazer parte ou de aderir a qualquer associação, verificados os pressupostos legais e estatutários, sem privilégios nem discriminações;
2. O direito de livremente, a todo o tempo, sair de qualquer associação a que se pertença;
3. O direito de não ser coagido a inscrever-se (ou a permanecer) em qualquer associação;
4. O direito de não pagar quotização para associação em que se não esteja inscrito [*cfr.* artigo 55^o, n^o 2, alínea b)].

Na liberdade negativa de associação manifestam-se, talvez mais do que noutras zonas, a dimensão individual do direito e a exigência de respeito tanto por parte do Estado como por parte de quaisquer outras entidades, públicas e privadas. Nela se torna patente a preservação da esfera de autodeterminação de cada pessoa na condução concreta da sua vida, com recusa de interferências exteriores ou, em geral, de atos contrários à sua vontade.

Esse respeito não se traduz apenas na não sujeição de quem quer que seja – cidadão, trabalhador, consumidor etc. – à filiação automática, por força de certa qualidade, numa associação ou na não sujeição a um dever de inscrição. Traduz-se, também, pela lógica das coisas e pela própria coerência e autenticidade do sistema jurídico, na não criação de quaisquer desvantagens por não se pertencer a esta ou àquela associação, política, sindical ou outra.

Não basta reconhecer formalmente o direito de ser ou de deixar de ser membro duma associação. Importa ainda que, por via direta ou indireta, a lei não institua um ônus; não faça depender o acesso a qualquer estado ou condição ou o exercício de qualquer direito da pertença a uma associação; não constranja, na prática, as pessoas a entrar para uma associação a fim de não sofrerem algum inconveniente ou obterem algum benefício; não acabe por estabelecer, sem necessidade ou sem base objetiva, uma diferenciação entre os cidadãos contrária ao princípio fundamental da igualdade.

O direito de associação revela-se depois um direito institucional, um direito de liberdade das associações constituídas (n^o 2):

1. Liberdade de organização e regulamentação interna, sendo os estatutos elaborados por cada associação, observadas as regras

gerais da Constituição e da lei, sem qualquer dependência de aprovação ou homologação [cfr. art. 55º, nº 2, alínea c)]¹⁴;

2. Liberdade de constituição dos seus órgãos, sendo os seus titulares eleitos pelos associados sem dependência também de aprovação ou homologação;

3. Liberdade de prossecução dos seus fins, sem interferência das autoridades administrativas e ainda sem dependência de autorização ou de aprovação relativamente aos atos dos seus órgãos;

4. Liberdade de filiação e de participação em uniões ou outras organizações de âmbito mais vasto (v.g. federações de institutos religiosos, uniões e confederações sindicais, federações e confederações desportivas), tanto em âmbito interno como internacional [cfr. artigo 55º, nº 2, alínea a)];

5. Liberdade de extinção ou de dissolução.

Em especial, a liberdade ou autonomia interna das associações postula, em Estado de Direito democrático, a vinculação das associações perante os associados, os direitos, as liberdades e garantias (artigo 18º, nº 1) e a observância do método democrático, traduzido em:

1. Aprovação dos estatutos em assembleia geral (cfr. art. 54º, nº 2);

2. Eleição periódica dos dirigentes (art. 55º, nº 3) e a admissibilidade de destituição (art. 264º, nº 4);

3. Voto direto (cfr. artigo 54º, nº 3), secreto (cfr. arts. 55º, nº 3, 54º, nº 2, e 264º, nº 4) e pessoal (art. 180º do Código Civil);

4. Pluralismo de opiniões e correntes [art. 55º, nº 2, alínea e)];

5. Participação ativa dos associados (art. 55º, nº 3).

Estas notas correspondem às que a Constituição estabelece para a organização do poder político (art. 108º e ss.) – nem poderia deixar de ser assim, por um elementar motivo de congruência.

Os juizes, como quaisquer cidadãos, gozam do direito fundamental de associação nas suas diversas vertentes. Podem livremente participar em qualquer associação e constituir entre si associações de diferentes tipos. Com duas exceções: as relativas às associações políticas e aos partidos políticos e às associações sindicais.

¹⁴ Cfr. acórdãos do Tribunal Constitucional nº 38/84, de 11 de abril, in: *Diário da República*, 1ª série, de 7 de Maio de 1984, e nº 328/92, de 14 de Outubro, *ibidem*, 1ª série A, de 12 de Novembro de 1992.

Ser membro de uma associação política ou de um partido envolveria a quebra de isenção e, portanto, de independência dos juízes. Entrar, por via direta ou indireta, no contraditório político-partidário atingiria profundamente o caráter simbólico da sua função. E, não por acaso, até autores que põem em dúvida a legitimidade constitucional das restrições aí existentes reconhecem que tal intervenção não poderia deixar de afetar a representação social de independência e de imparcialidade dos juízes.¹⁵

As leis judiciais são bem claras, com uma ou outra variante, em vedar aos juízes em exercício desempenhar funções em órgãos de partidos, de associações políticas e de fundações com elas conexas e desenvolver atividades político partidárias de caráter público¹⁶. E até deveria ir mais longe, impedindo a própria inscrição. Assim como todas as leis eleitorais os declaram inelegíveis para qualquer cargo político, em âmbito nacional, regional ou local.¹⁷⁻¹⁸

No tocante às associações sindicais, basta transcrever os preceitos constitucionais, que se lhes referem, para se aperceber da inadequação de associações sindicais de juízes:

Artigo 55º (Liberdade sindical)

É reconhecida aos trabalhadores a liberdade sindical, condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses.

No exercício da liberdade sindical é garantido aos trabalhadores, sem qualquer discriminação, designadamente:

1. A liberdade de constituição de associações sindicais a todos os níveis;
2. A liberdade de inscrição, não podendo nenhum trabalhador ser obrigado a pagar quotas para o sindicato em que não esteja inscrito;
3. A liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais;
4. O direito de exercício de atividade sindical na empresa;
5. O direito de tendência, nas formas que os respetivos estatutos determinarem.

¹⁵ GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, II, p. 589.

¹⁶ Art. 11º do Estatuto dos Magistrados Judiciais aprovado pela Lei nº 11/85, de 30 de Julho; art. 28º da Lei nº 28/82, de 15 de novembro (quanto ao Tribunal Constitucional); art. 27º da Lei nº 98/97, de 26 de agosto (quanto ao Tribunal de Contas); art. 57º do estatuto dos tribunais administrativos e fiscais, aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro (por remissão genérica).

¹⁷ Art. 5º da Lei nº 14/79, de 16 de maio; art. 5º da Lei nº 267/80, de 8 de agosto; art. 6º da Lei Orgânica nº 1/2001, de 14 de agosto; art. 5º da Lei Orgânica nº 1/2006 de 13 de fevereiro. Só a lei eleitoral para o Presidente da República (ainda hoje Decreto-Lei nº 1/76, de 3 de maio) não prevê inelegibilidade.

¹⁸ Ainda de *jure condendo*, em defesa de um princípio de isenção política, o próprio exercício do cargo de Presidente da República e de membro do Governo ou dos Governos regionais deveria implicar o afastamento dos juízes do serviço efetivo, não sendo a ele possível regressar (diferentemente, já o art. 11º, nº 2, do Estatuto dos Magistrados Judiciais).

As associações sindicais devem reger-se pelos princípios da organização e da gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgãos dirigentes, sem sujeição a qualquer autorização ou homologação e assentes na participação ativa dos trabalhadores em todos os aspetos da atividade sindical.

As associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e de outras associações políticas, devendo a lei estabelecer as garantias adequadas dessa independência, fundamento da unidade das classes trabalhadoras.

As associações sindicais têm o direito de estabelecer relações ou filiar-se em organizações sindicais internacionais.

Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à proteção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções.

Artigo 56º (Direitos das associações sindicais e contratação coletiva)

Compete às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem.

Constituem direitos das associações sindicais:

1. Participar na elaboração da legislação do trabalho;
2. Participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores;
3. Pronunciar-se sobre os planos económico-sociais e acompanhar a sua execução;
4. Fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei;
5. Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a ações de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho.

Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação coletiva, o qual é garantido nos termos da lei.

A lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções coletivas de trabalho, bem como à eficácia das respetivas normas.

Mas como o ponto, ao invés do que sucede com as associações políticas e os partidos, é controverso, importa dedicar-lhe um maior desenvolvimento.

3. Os juízes

Os que sejam trabalhadores para efeito de descrição do âmbito pessoal desses direitos não têm oferecido dúvidas à doutrina: direitos dos trabalhadores são os direitos dos trabalhadores subordinados: aqueles que prestam a sua atividade, mediante retribuição, por conta de outrem, independentemente da categoria deste (entidade privada ou pública) e da natureza jurídica do vínculo (contrato de trabalho privado, função pública etc.).¹⁹

Escusado deveria ser lembrar-se de que os juízes não são trabalhadores subordinados. Não se acham em qualquer situação aproximável da dos trabalhadores das empresas privadas ou da Administração pública. Investidos na titularidade de órgãos de soberania, encontram-se perante o Estado poder numa relação de identificação. Não são empregados do Estado. Eles são – como o Presidente da República, os deputados e os ministros – o Estado a agir.

Nem a sua independência se confunde com a inerente às profissões livres ou profissões cujo exercício implica a autonomia individual e coletiva derivada do domínio de uma ciência ou técnica especialmente elevada²⁰. Aqui, a liberdade para determinar o modo e o conteúdo do ato profissional tanto pode caber no âmbito de profissões liberais ou de trabalho independente como desenvolver-se em regime de trabalho subordinado; há sempre liberdade de escolha de meios, nem sempre liberdade de escolha de resultados.

A magistratura judicial implica também o domínio muito qualificado de uma ciência: a ciência jurídica. Mas nela, a par da liberdade de escolha de meios, há liberdade de escolha de resultados. Porque se trata de dizer o Direito (ou porque a causa da atividade dos tribunais é a realização do Direito), nenhuma injunção concreta pode recair sobre os juízes e a própria obrigação de acatamento das decisões dos tribunais superiores decorre do sentido da função e no interior do sistema judiciário.

A independência dos profissionais liberais é meramente técnica. A dos juízes assume um alcance político (na acepção lata e mais nobre do termo), é uma independência de poder.

¹⁹ Na perspetiva constitucional, *cfr.* MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa, 1978. p. 522; MOURA, José Barros. *A Constituição portuguesa e os direitos dos trabalhadores*, in: *Fronteira*, nº 10/11, abril/setembro de 1980, p. 18 e ss.; CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. Lisboa, 1985; GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, I. p. 313 e 706; MEDEIROS, Rui. Anotação. In: *Constituição Portuguesa Anotada*, I, *cit.* p. 1048 e ss. Na perspetiva do Direito do trabalho, *cfr.* FERNANDES, António Monteiro. *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*. 4a ed. Coimbra, 1981. p. 80 e ss.; CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra, 1991. p. 107 e ss.; MESQUITA, Jose Andrade. *Direito do Trabalho*. Lisboa, 2003. p. 47 e ss.; GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho*, I. Lisboa, 2007. p. 81 e ss.; RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho*. 2a ed. Coimbra, 2009. p. 15 e ss. e 313 e ss.; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 5a ed. Coimbra, 2010. p. 41 e ss. e 165 e ss.; LEITÃO, Luís Menezes. *Direito do Trabalho*. 2a ed. Coimbra, 2010. p. 11 e ss. e 115 e ss.; XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*. Lisboa, 2011. p. 33 e ss. e 291 e ss.

²⁰ *Cfr.*, por exemplo, MOREIRA, Adriano. *Direito Corporativo*. Lisboa, 1950-1951. p. 120 e ss.; SAVATIER, Rene. *L'Origine et le Développement du Droit des Professions Libérales*, in: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, 1953-1954. p. 46 e 74 e ss.; GIACOBBE, Giovanni. *Professionisti Intellettuali*, in: *Enciclopedia del Diritto*, XXXV. p. 1065 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV. 3a ed. Coimbra, 2000. p. 504 e ss.

Objetar-se-á que os juízes, diferentemente do Presidente da República, dos deputados e dos ministros, seguem uma carreira com progressão ao longo da vida e constituem um corpo profissional permanente. E há autores que, de certo modo, até desdobram o seu estatuto em duas faces: a de titulares de cargos públicos e a de trabalhadores.²¹

Não usufruindo de autonomia no que respeita à fixação das condições em que se processa o exercício da respetiva atividade funcional (v.g., salários, horário de trabalho, férias, segurança social, reforma, instalações etc.), eles encontrar-se-iam numa posição de dependência relativamente ao poder executivo. E, assim, o caráter profissional e subordinado da prestação da magistratura faria dos seus profissionais uma atividade que se integraria (embora não de forma absoluta) ao âmbito do emprego público.²²

Por um lado, tratar-se-ia de agentes que gozariam de um estatuto de soberania relativamente à atividade de interpretação e aplicação do direito; por outro lado, seriam profissionais que se encontrariam numa posição de dependência e, consequentemente, de conflito em relação à entidade que fixa as condições materiais de exercício da respetiva profissão – o que apontaria para a necessidade de estabelecer uma separação entre o plano do exercício da função judicial propriamente dita e o plano laboral.²³

Este dualismo (ou o que dele se pretende extrair) não assenta, no entanto, em suficiente base de sustentação.

Que haja uma carreira profissional, sem dúvida (nem se vê como pudesse ser doutra sorte em país de sistema romano germânico); só que carreira singular e irreduzível a qualquer outra. Que se esteja diante de uma carreira profissional, sem dúvida; só que carreira na qual o poder disciplinar é um poder de exercício participado pelos próprios e em que as classificações atendem a rigorosos critérios intelectuais, sem tocarem, minimamente, no conteúdo decisório dos arestos emitidos (*cf.* art. 34º do estatuto dos magistrados judiciais).

E, que não sejam os juízes a determinar as condições materiais do exercício da sua atividade, isso tão pouco os menoriza em confronto com o Presidente da República, os deputados e os ministros. Pois o estatuto dos juízes e dos demais titulares de órgãos de soberania, incluindo os aspetos remuneratórios e logísticos, entra na reserva absoluta da Assembleia da República [art. 164º, alínea *m*)], pelo que o Presidente da República e os ministros se encontram exatamente na mesma posição dos juízes. Nem pode obliterar-se

²¹ GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.* 3a ed. Coimbra, 1993. p. 286; FERNANDES, Liberal. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da função pública*. Crise do modelo clássico de emprego público. Coimbra, 1995. p. 254 e ss., e Gozam os magistrados do direito à greve? In: *Revista do Ministério Público*, abril-junho de 1993. p. 85 e ss. (este autor refere-se conjuntamente aos juízes e aos magistrados do Ministério Público); MARQUES, José Augusto Garcia. Poder e justiça em conflito, in: *Sub Judice*, julho/setembro de 2005. p. 39 e 40; CUNHA, Adriano. Associações sindicais dos magistrados (bloco normativo aplicável), in: *Associativismo e sindicalismo judiciário*. p. 120. Aqueles dois primeiros autores, tendo em conta esse caráter profissional e permanente, pronunciam-se a favor do direito à associação sindical.

²² LIBERAL FERNANDES. Gozam... *Cit., loc.cit.* ps. 87 e 88.

²³ *Ibidem*, p. 89.

a existência dos mecanismos de controle do Estado de Direito, de que os tribunais são os protagonistas principais (*maxime* arts. 204º, 268º, nº 4 e 280º e ss. da Constituição).

Por outro lado, o Conselho Superior da Magistratura pode emitir parecer sobre diplomas legais relativos ao estatuto dos juízes, assim como estudar e propor providências legislativas com vista à eficiência e ao aperfeiçoamento das instituições judiciárias [art. 149º, alíneas c) e d) do estatuto] e de competência idêntica goza o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais [art. 74º, nº 2, alínea j) do estatuto aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro].

Sobretudo, porém, o que sobressai na carreira judicial (insista-se) vem a ser a sua vinculação umbilical ao funcionamento do Estado, o seu entrosamento com a autoridade do Estado, a sua adstrição à soberania.²⁴

Como nota António Pedro Barbas Homem, não é possível usufruir simultaneamente do melhor de dois mundos incompatíveis. Ser titular de um órgão de soberania e gozar do estatuto respetivo e simultaneamente beneficiar-se dos direitos sociais que o Estado de Direito coloca ao dispor dos trabalhadores subordinados.²⁵

A independência da magistratura – há quem acrescente – não se restringiria à garantia de que os tribunais não podem ser influenciados pelos restantes órgãos de soberania. Não deveria ser compreendida em termos puramente institucionais ou objetivos, mas igualmente na perspetiva das condições de trabalho e de vida dos magistrados.²⁶

Muito menos procedem estas considerações.

Que a independência possa ser encarada outrossim como independência política – donde as exigências de isenção político-partidária atrás a floradas – eis uma óbvia verificação. Mas que a independência deva ser tomada ainda como independência económica eis um equívoco. Uma coisa consiste em proporcionar aos juízes remunerações e condições de trabalho e de segurança social; outra coisa, rezear que, por as considerarem mais ou menos justas, eles possam decidir com maior ou menor independência. Não: o imperativo categórico do respeito pela dignidade da função há de sempre prevalecer, absolutamente.²⁷

²⁴ Cfr., embora em contexto complexo, ALEXANDRINO, José de Melo. A greve dos juízes segundo a Constituição e a dogmática constitucional, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, obra coletiva (coord. de Jorge Miranda), I. Coimbra, 2006. p. 775 e ss.

²⁵ Legitimidade, interesse público e independência do poder judicial, in: *Associativismo e sindicalismo judiciário*. p. 92.

²⁶ MARQUES, José Augusto Garcia. *Op.cit. Loc.cit.* p. 40.

²⁷ Escrevem também alguns que seria o contrato profissional com o Estado que legitimaria ao juiz o recurso à greve quando o contrato fosse violado (PAULO, Octávio Castelo *et alii*. O direito dos juízes à greve, in: Público, de 12 de outubro de 2005). Para os demais titulares de cargos soberanos, o problema teria solução intrassistémica: os Deputados legislarão, ou não, conforme lhes pudesse convir a alteração estatutária funcional; os ministros teriam a possibilidade política de orientar os seus regulamentos funcionais internos; o Presidente da República poderia promulgar, ou não, certas leis ou suscitar a sua constitucionalidade. E os juízes, com carreira profissional e, simultaneamente, titulares de órgãos de soberania, o que fariam? Remeter-se-iam ao silêncio e à passividade, por que não poderiam reagir dentro do sistema? Afigura-se inaceitável um entendimento como este. Não há contrato de nenhuma espécie, nem pode estar em causa a sua violação pelo Estado, visto que os juízes não são exteriores ao Estado. Nem pode presumir-se que

Independência é, sim, os juízes não exercerem, para além ou em vez da atividade jurisdicional, atividades que envolvam vínculos de qualquer ordem a outros órgãos de soberania ou a quaisquer entidades públicas ou privadas.

Por isso, a Constituição só excetua as funções docentes ou de investigação jurídica, não remuneradas (art. 216º, nº 3, *in fine*) – porque elas assentam num princípio de liberdade – a que a prática, desde a primeira Comissão Nacional de Eleições, tem acrescentado a presidência de entidades administrativas independentes (artigo 267º, nº 3) – porque ela é garantia do carácter próprio destas entidades.

Por isso, é claramente inconstitucional o art. 13º, nº 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais, ao colocar a par das funções docentes ou de investigação científica as funções diretivas em organizações sindicais.²⁸

Por isso ainda, a Constituição não admite que juízes em exercício possam ser nomeados para comissões de serviço estranhas à atividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente (art. 216º, nº 4) –, o que é fórmula já por si restritiva e que deve ser interpretada restritivamente, em nome da separação da função jurisdicional da função política e da administrativa.²⁹⁻³⁰

4. As restrições

O art. 270º da Constituição permite à lei:

[e]stabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados em serviço efetivo, bem como agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical.

Logo, *a contrario*, poderia aduzir-se que infringiria a Constituição a restrição que consistisse em proibir que os juízes formassem sindicatos. Manifestamente,

deputados, ministros ou Presidente da República se orientem “conforme lhes possa convir”. Além de sujeitos a controlos jurídicos, eles respondem politicamente pelos atos e omissões no exercício das suas funções (art. 117º, nº 1).

²⁸ Assim como é inconstitucional o art. 10º, nº 3, sobre faltas.

²⁹ Não obstante, não têm sido poucas as autorizações (em menor número nos últimos anos) dadas a juízes para aceitarem cargos de nomeação governamental, seja em gabinetes ministeriais, seja no âmbito da Administração direta do Estado. E o acesso a tais cargos implica não só quebra de isenção político-partidária, mas também relações de trabalho menos conformes com a atitude institucional e mental inerente à vocação de juiz.

³⁰ *De jure condendo* seria mesmo de encerrar a vedação absoluta de exercício por parte dos juízes de tais comissões de serviço (v. *Um Projecto de Constituição*, Braga, 1975, e *Ideias para uma Revisão Constitucional em 1996*, Lisboa, 1996; “Na hipótese de outra revisão constitucional”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, I, Coimbra, 2010, p. 395 e ss.).

porém, sem razão, não só por causa da insuficiência ou possível falácia de qualquer argumento *a contrario sensu* como pelos motivos já apontados e ainda por a jurisprudência e a doutrina admitirem, além das restrições a direitos, liberdades e garantias expressamente consignados em preceitos da Constituição, outras restrições, fundadas em princípios constitucionais.³¹

De resto, a valer aquele argumento *a contrario*, seriam inconstitucionais as restrições à participação dos juízes em associações políticas e em partidos e as inelegibilidades atrás mencionadas, e ninguém o veio sugerir até agora nem razoavelmente o poderia fazer.

Por último, a *ratio* do art. 270º (não todo o elenco de restrições que contém) vale, em certa medida, para os juízes. Muito diferentes, nem por isso as funções institucionais de militares e juízes dentro do Estado deixam de justificar algumas restrições aos seus direitos como cidadãos, de muito menor alcance nos juízes do que nos militares.³² E há um paralelo ético de responsabilidade republicana que também assim o impõe, tal como impõe outrossim aos juízes um dever de reserva quanto à expressão pública de opiniões político-partidárias.

As restrições expressas não esgotam as restrições possíveis e necessárias. Eis o que resulta, quase à vista desarmada, da fluidez das formulações presentes no texto constitucional, da multiplicidade de situações ali não previstas e da relevância de bens jurídicos e princípios que nestas se projetam.

Pense-se só, por exemplo, no direito à greve.³³ Seria admissível, antes de 1997, uma greve do pessoal de Saúde que impedisse o tratamento de doentes ou sinistrados em perigo de vida ou uma greve por tempo indefinido dos controladores aéreos? Ou, hoje, uma greve dos militares (quando nem sequer os agentes dos serviços e das forças de segurança a podem fazer, por força do art. 270º)? Ou uma greve dos juízes? Ou pense-se nos direitos vindos de lei ou de tratado internacional e considerados fundamentais à luz do art. 16º, nº 1: não previstos na Constituição, também esta não poderia prever eventuais restrições, mas poderiam estar-lhes imunes? Ou, se se visse no art. 45º, nº 1, uma restrição, em como nada justificaria diferenciar o regime do direito de manifestação do regime do direito de reunião.

O art. 270º, de resto, é incompleto, porque os militares em serviço ativo não podem deixar de ter restrições quanto ao direito de deslocação e de emigração

³¹ Como sempre temos defendido: v. O regime dos direitos, liberdades e garantias, in: *Estudos sobre a Constituição*, III, p. 83 e 84; *Manual...*, IV, 4ª ed., cit., p. 370 e ss. A obra básica sobre a matéria é a de NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra, 2011.

³² Também já escrevemos (O papel do juiz nas Constituições democráticas, in: *O papel do juiz na tradição ocidental*, obra coletiva (coord. de António Pedro Barbas Homem et alii), p. 278: os militares têm poder; logo, devem ter limites a esse poder; os juízes têm poder; logo, devem sofrer restrições como as ligadas à presença em certas associações. Limitar o poder, eis o cerne do constitucionalismo moderno.

³³ Cfr. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra, 1991. p. 616; acórdão no 289/92 do Tribunal Constitucional, de 19 de setembro, in: *Diário da República*, 2ª série, de 19 de setembro de 1992.

(art. 44º) e quanto à liberdade sindical (art. 55º). E a regra também deve abranger os militares em regime de contrato e de voluntariado.

Olha-se também ao art. 65º, nº 4, sobre solos urbanos. Não há aí um *numerus clausus* das medidas necessárias à satisfação dos fins de utilidade pública urbanística; afora a expropriação, pode haver outras que determinem restrições à propriedade – porque, como disse o Tribunal Constitucional, a autorização constitucional para restringir-se não identifica com a necessidade de referência textual explícita a certo e determinado instituto.³⁴

Ou, conforme se lê noutro acórdão do Tribunal Constitucional, quando a Constituição consagra um limite expresso, isso não implica que nenhum outro limite tenha sido desejado.

Este argumento, obviamente, não procede. Ele subentende que o limite expresso, ou a reserva de lei, é uma exceção e que existe uma regra que proíbe a existência de outras restrições além das expressas. A primeira premissa não é verdadeira. A reserva de lei do nº 2 é uma remissão da Constituição para a lei e não uma exceção constitucional a normas constitucionais.³⁵

5. Estado de Direito

Concluindo.

O associativismo judiciário é um fenómeno antigo em vários países, que em Portugal se tem desenvolvido desde 1974, e que tem granjeado consagração internacional.³⁶

Decorre, como já se disse, do exercício de um direito fundamental e tem mostrado virtualidades importantes como forma de congregação de pessoas sujeitas, muitas vezes, a penosos labores solitários, como veículo de aprofundamento de temas científicos e culturais e, inclusive, de questões de ordem profissional e como ponto de encontro para reflexões críticas acerca do funcionamento do sistema judiciário e das leis processuais e procedimentais que o regem.³⁷⁻³⁸

³⁴ Acórdão no 421/2009, de 13 de agosto, in: *Diário da República*, 2a série, de 22 de setembro de 2009.

³⁵ Acórdão no 254/99, de 4 de maio, in: *Diário da República*, 2a série, de 15 de junho de 1999. Há abundante jurisprudência (não uniforme): *cfr.*, entre outros, ainda, acórdão no 7/87, de 9 de janeiro, *ibidem*, 1a série, de 9 de fevereiro de 1987; ou acórdão nº 136/2005.

³⁶ *Cfr. os Princípios fundamentais respeitantes à independência da magistratura*, aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 1985, em que se inclui a afirmação da liberdade de associação (8º).

³⁷ *Cfr.* AFONSO, Orlando. Considerações sobre o associativismo judiciário, in: *Associativismo e sindicalismo judiciário*, p. 113 e 114.

³⁸ Sendo bem verdade que sem os juízes ou contra os juízes não é possível enfrentar a “crise da justiça”, que se arrasta há tantos anos. *Cfr. Por todos, Justiça em crise? Crises da justiça*, obra coletiva (org. de António Barreto). Lisboa, 2000; ou *Interrogações à justiça*, obra coletiva (coord. de Armando Gomes Leandro, Fernando Pinto Monteiro e José Gonçalves da Costa). Coimbra, 2003. Noutros países, *cfr.* AGUILAR, Juan F. López. *La*

Problema bem diferente vem a ser o do sindicalismo judiciário – como questão de princípio e como prática.³⁹

Em última análise, tudo está em saber se os juízes ainda se comportam como funcionários públicos (atitude bem marcante no tempo da Constituição de 1933⁴⁰, em que tudo dependia do ministro da Justiça) ou se preferem assumir-se como titulares de órgãos de soberania a par dos outros órgãos de soberania. Mas, mais do que isso, tudo está em saber se o Estado vai subsistir como unidade de poder e de serviço ou se vai enfrentar, no seu seio, ressaibos corporativos sob a veste de formas sindicais.⁴¹

Não está tanto em causa uma concretização do princípio da separação e interdependência (art. 111º, nº 1 da Constituição), de solidariedade institucional ou, em época de crise, de solidariedade nacional quanto uma afirmação da identidade do Estado de Direito democrático.⁴² Não tanto uma questão de relacionamento entre titulares de órgãos de soberania quanto de conjugação dos direitos fundamentais dos juízes com os direitos fundamentais dos cidadãos.

justicia y sus problemas en la Constitución. Madrid, 1996. p. 231 e ss.; ou CHIAPPETTI, Achille. Crisi della giustizia e della democrazia, in: *Percorsi Costituzionali*, 2, 2009. p. 35 e ss.

³⁹ Cfr. HOMEM, António Pedro Barbas. *Op. Cit. Loc. cit.* p. 92: O associativismo nasceu como sindical por motivos históricos. Mas permaneceu e permanece como sindical por uma lei que também é própria das coisas humanas: a da inércia. A história da fundação das associações de juízes e de procuradores não foi ainda contada e merecia ser objeto de estudo. Contudo, hoje em dia não existe nenhum fundamento constitucional nem exigência no plano dos factos para que estas associações continuem a denominar-se como sindicatos. De outro lado, as associações sindicais não atuam efetivamente como sindicatos, nomeadamente exercendo o tipo de atribuições que a Constituição e a lei reservam àqueles. Compreende-se assim esta dupla conclusão: de um lado, o associativismo dos juízes na defesa do aprofundamento do Estado de Direito é uma mais-valia; de outro, é um erro de consequências importantes para a perceção pública da justiça e da atividade de juízes e procuradores que estas associações sejam qualificadas como sindicatos. Neste sentido, os sindicatos judiciais parecem saídos de um mundo assente no conceito de luta de classes – em que, consequentemente, as restantes classes jurídicas e o próprio Estado de que os juízes e o Ministério Público são agentes só se podem ver como antagonistas, não como cooperantes na realização, necessariamente com perfis diversos de um designio comum e que é, obviamente, a justiça. Não é possível a reconstrução desse mundo comum com sindicatos e com a ideia de luta de classes. A legitimidade própria destas associações foi ainda posta em causa no passado próximo por decisões tão discutíveis no plano constitucional como erradas no plano social: a greve dos magistrados exprimiu do lado dos magistrados a aceitação prática de algo que não aceitam no plano dos princípios – a qualidade de trabalhadores ou funcionários públicos.

⁴⁰ FRAGA, Carlos. *Op. cit.* p. 622; ou RANGEL, Paulo de Castro. *Op. cit.* p. 175 (aludindo a duas faces de Jano).

⁴¹ Cfr. MAGALHÃES, Pedro Coutinho. Corporativismo, judicialização de política e “crise da justiça” em Portugal, in: *Revista do Ministério Público*, julho/setembro de 1999, p. 11 e ss.; ou, sob outro prisma, NOGUEIRA, José Duarte. O poder judicial nas cesuras da perversão democrática do poder, in: *Associativismo e sindicalismo judiciário*. p. 49.

⁴² Até tendo em conta que a justiça é a instituição mais simbólica do Estado (VEIGA, Miguel. Da crise da justiça – algumas causas da sua asfixia, in: *Justiça em crise? Crises da justiça*. p. 395.